

论类似案件的判断

张 骐*

摘 要 判断类似案件所使用的类比推理方法是一种“类型的思维方式”。运用类比推理判断类似案件离不开法律。类比推理既是构成法律的要素,又是理解、实现法律的方法。判断案件是否相似需要确定案件的比较点,以保证案件的类似性具有相关性。确定类似案件的比较点就是确定案件的争议问题是否具有同类性。争议问题兼有事实性和法律性。先例的争议问题体现为判决理由及实质事实。案件的比较点或相关的类似性事项可以延展。类比保证规则和类比保证理由可以帮助、规范类似性判断,并在一定程度上防止类似性判断的专断和失误。从类比保证理由的角度改进未来裁判理由的撰写,可以使裁判理由与裁判要点的联系更加紧密,有利于指导性案例的使用和案例指导制度的发展。

关键词 指导性案例 类似案件判断 类比推理 比较点 类比保证规则 裁判理由

在当代中国,案例指导制度和指导性案例越来越受到法律人的重视。这可以从各类学术期刊中有关指导性案例研究文章的数量和分量,从多种法律出版物中有关指导性案例、案例指导的文章种类和数量看出。但是,目前指导性案例的实践效果却差强人意。笔者以为,“类似案件类似审判”〔1〕既是案例指导制度理论研究中的一个尚未真正解决的重要问题,也是提升指导性案例实践效果的一把钥匙。笔者在此所说的类似案件类似审判,既指最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第七条所说的“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判

* 北京大学法学院教授。本文系2010年度国家社会科学基金重大招标项目“中国案例指导制度研究”(10zd&044)的成果,并受中美富布赖特项目资助于2010年9月至2011年7月在美国哈佛大学法学院东亚法律研究中心进行研究。本文的写作得益于陈明国法官、蒋敏法官、William Alford教授、Scott Brewer教授、Margaret Woo教授、美国麻州最高法院 Margot Botsford 大法官、美国联邦波士顿地区法院 Mark Wolf 院长、北京大学法学院博士研究生孙海波同学等学友的讨论、指教和帮助,在此特别感谢。

〔1〕 笔者这里所说的类似案件类似审判,与张志铭教授等学者讲的“同案同判”的含义是一致的,但是类似案件类似审判是更准确表达笔者思想的用词。

类似案例时应当参照”，也指笔者在其他文章和下文将要提到的对广义指导性案例的类似案件类似审判。实现类似案件类似审判需要解决两个关键问题：如何判断类似案件？怎样做到类似审判？本文拟集中讨论第一个问题，同时在一定程度上兼顾第二个问题。如果人们不知道什么样的案件是与指导性案例相类似的案件，指导性案例就很难有用武之地。笔者将首先讨论目前有关上述问题的学术观点及现有研究中存在的问题，接着探讨判断类似案件的理念与理论基础，然后讨论判断案件类似性方法的两个方面：一是确定并运用比较点，二是判断相关类似性的规则与逻辑。笔者期望这些探讨有助于我们解决使用指导性案例的方法论困难，以真正发挥指导性案例的作用。

一、现有观点及存在的问题

关于判断类似案件的标准与方法，王利明教授提出类似性应当具有四个特点：案件的关键事实相似、法律关系相似、案件的争议点相类似、案件所争议的法律问题具有相似性。^{〔2〕}四川省高级人民法院、四川大学联合课题组倡导一种简便易行的相似性识别技术，提出“以‘裁判要点’为判断相似性的基准：待决案件的事实与‘裁判要点’所包括的必要事实具有相似性；待决案件所要解决的法律问题与‘裁判要点’涉及的法律问题具有相似性。”^{〔3〕}张志铭教授进一步提出，应当“立足于案件事实与具体法律条文的联系，即以案件事实的法律特性为线索，来确定两个案件的事实在整体上是是否涉及相同的法律问题，是不是属于同样法律性质的案件。”^{〔4〕}刘作翔、徐景和两位教授认为：应当“分析案件事实，明确主要问题。通过对案件事实的分析，明确当事人争议以及法院需要裁决的主要问题。”^{〔5〕}黄泽敏博士和张继成教授提出了实现同案同判的认识规则、断定同判的判断规则等，指出“同案同判的最终标准是实质理由论证”。^{〔6〕}

在什么情况下会发生类似案件类似审判的问题？刑事案件是否可以运用指导性案例做到类似案件类似审判？周光权教授通过对目前已经发布的刑事指导性案例进行深入细致的分析，给出了肯定的回答。周教授提出：“对被告人有利的刑法解释，即便属于类推，也应该允许。”^{〔7〕}同时，周教授通过对指导性案例第13号的分析，指出指导性案例第13号在不修改以

〔2〕 王利明：“成文法传统中的创新——怎么看案例指导制度”，载《人民法院报》2012年2月20日，第2版。

〔3〕 四川省高级人民法院、四川大学联合课题组：“中国特色案例指导制度的发展和完善”，《中国法学》2013年第3期。

〔4〕 张志铭：“中国法院案例指导制度价值功能之认知”，《学习与探索》2012年第3期。

〔5〕 最高人民法院研究室：《审判前沿问题研究——最高人民法院重点调研课题报告集》，人民法院出版社2007年版，页441。

〔6〕 黄泽敏、张继成：“案例指导制度下的法律推理及其规则”，《法学研究》2013年第2期。

〔7〕 周光权：“刑事案例指导制度：难题与前景”，《中外法学》2013年第3期。

往司法解释的前提下,对有关司法解释进行了澄清,属于“拓展司法解释”型的指导性案例。〔8〕

我们可以看到,当代中国学者在有关类似案件类似审判的探讨中已经达成了一定的共识,取得了一定的进展。这些共识与进展是:认识到案件事实的重要性,特别是案件的关键事实(必要事实)的重要性;认识到存在于必要事实中的争议问题或者说是待决案件所要解决的法律问题与指导性案例的裁判要点(包括必要事实)和裁判要点涉及的法律问题相似是重要的;认识到相关法律规定与案件事实的关联性;刑事案件也可以运用指导性案例类似案件类似审判。上述共识与进展有助于我们更深刻地认识类似案件类似审判,更好地发现类似案件类似审判的方法。

但是学者们在有些问题上仍然存在分歧,有些问题还有待于进一步研究。这些分歧及有待解决的问题有:

其一,类似案件审判的内涵与表述。对于最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第七条“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案例时应当参照”的表述与涵义,张志铭教授用“同案同判”来概括这项规定,并从表述形式和表述内容两个方面对第七条进行了分析,认为这里的“同案”应当表述为“同样案件”,因为“同类案件”的意思重心在“异”而不是“同”,“同样案件”的意思重心在同而不是异;并且,“同类案件”容易使人误以为寻找指导性案例只涉及案件事实的比较,而案件比较应当是“以案件事实的法律特性为线索,来确定两个案件的事实在整体上是是否涉及相同的法律问题,是不是属于同样法律性质的案件”。〔9〕所以,张志铭教授认为“同样案件”比“同类案件”的表述更可取。〔10〕

其二,何为案件的“关键事实”?何为刘作翔、徐景和两位教授在上面引文中所说的“主要问题”?刘作翔、徐景和两位教授在谈到排除适用指导性案例的原则时认为:“只要找出两案在事实方面的差异,甚至是细微的事实差异就可能达到排除指导性案例适用的目的。”〔11〕笔者以为,这是需要条件的。因为很难想象任何细微的事实差异就可以排除指导性案例的适用。那么需要什么样的条件?在什么情况下细微的事实差异就可以排除指导性案例的适用?周光权教授认为应当认真研究判决理由与事实概要:“建立二者之间的联系,从中寻找与该案件的事实关系有紧密关联的判决的核心意思(本意、要旨),防止边缘事实不同而彻底‘架空’指导性案例。”〔12〕周教授的主张与刘、徐教授的观点既有共同点又有不同,周教授所说的“与该案件的事实关系有紧密关联的判决的核心意思(本意、要旨)”与刘、徐二教授所说的“主要问题”和王利明教授所说的“关键事实”的观点很相似。但什么是“与该案件的事实关系有紧密关联的判决的核心意思(本意、要旨)”呢?我们怎样寻找它们?同时,周教授所说的“防止边缘事实不

〔8〕 同上注。

〔9〕 张志铭,见前注〔4〕。

〔10〕 张志铭,见前注〔4〕。

〔11〕 最高人民法院研究室,见前注〔5〕,页443。

〔12〕 周光权,见前注〔7〕。

同而彻底‘架空’指导性案例”的意见与刘、徐教授“细微的事实差异就可能达到排除指导性案例适用的目的”的观点各执一端。那么,谁正确呢?四川省高级人民法院、四川大学联合课题组提出的属于区别技术的“决定性理由”与前面学者们的观点英雄所见略同。^[13]那么,什么是、怎样确定“决定性理由”或“实质理由”?我们是否有可能制定许多法官所希望的那种“案例相似性比对规则?”^[14]

笔者接下来将针对如下问题进行讨论:

第一,为什么案件事实在实现类似案件类似审判时重要?什么是实现类似案件类似审判案件所需要的事实?什么是实现类似案件类似审判所需要的关键事实(必要事实)?何为案件的“主要问题”?

第二,为什么存在于必要事实中的争议问题,或者说待决案件所要解决的法律问题与指导性案例的裁判要点(包括必要事实),或者说裁判要点涉及的法律问题在判断类似案件的相似性时重要?为什么需要将相关法律规定与案件事实关联起来?

如何确定存在于必要事实中的争议问题?它与裁判要点(包括必要事实)或裁判要点涉及的法律问题是什么关系?如何比较待决案件所要解决的法律问题与指导性案例的裁判要点(包括必要事实)、存在于必要事实中的争议问题以及裁判要点涉及的法律问题是否类似?

第三,如何对待指导性案例与待判案件在事实方面的差异?在什么情况下细微的事实差异就可以排除指导性案例的适用?怎样防止由于边缘事实不同而彻底“架空”指导性案例?

第四,什么是“与该案件的事实关系有紧密关联的判决的核心意思(本意、要旨)”?如何确立判决理由与事实概要二者之间的联系,怎样从判决书中寻找与该案件的事实关系有紧密关联的判决的核心意思(本意、要旨)?是否存在区别技术的“决定性理由”?什么是、怎样确定区别技术的“决定性理由”?

第五,我们是否可以制定某种“案例相似性比对规则”?

二、判断类似案件的理念与理论基础

(一)类似案件判断与类比推理

判断类似案件是一个理性思考的过程。类比推理作为一种理性的思考方式,是人们判断类似案件的重要方法。布雷克顿在13世纪谈论类推时指出:“如果出现任何新的和不寻常的情况,而且已经出现过与之类似的事情,就以相似的方式(like manner)来裁判该案件,‘以此类推’。”^[15]运用类比推理判断类似案件是一个自然而然的选

[13] 四川省高级人民法院、四川大学联合课题组,见前注[3]。

[14] 四川省高级人民法院、四川大学联合课题组,见前注[3]。

[15] 转引自:Rupert Cross, J.W.Harris, *Precedent in English Law*, Fourth Edition, Clarendon Press, 1991, p. 26; (英)鲁伯特·克罗斯、J.W.哈里斯:《英国法中的先例》(第四版),苗文龙译,北京大学出版社2011年版,页31。中文译本将“like manner”翻译为“同样的方式”似乎不是最佳翻译,笔者根据英文原词和原文上下文译为“相似的方式”。

案件必须类似审判(like cases must be decided alike)要求对前一个判例中的判决进行类推扩展,所以遵循先例原则使得法官们按照类推的方式进行推理。当然,类似案件必须类似审判要求的另一面,就是必须要注意相反的规则:不类似的案件必须有不同的判决。^[16] 所以,美国哈佛大学法学院布儒教授指出:“类比与先例是法律职业所独有的、独特的工作方法,“类推在许多领域,尤其是在决疑的道德与法律推理中发挥着重要作用”。^[17] 克罗斯和哈里斯指出,就一个单独的先例而言,类推司法推理有三个阶段:首先是对先前判例和法院面前的案件之间的相似性的判断;其次是确定先前判例的判决理由;最后是决定把该判决理由适用于当下案件。类推推理在这三个阶段中的第一阶段和第三阶段发挥作用。尤其是在第三阶段,“在该阶段,法官必须考虑他面前这个案件的事实和先前那个判例的事实是否类似到足以适用其判决理由”。^[18] 在民法法系国家,类推推理的质量对于先例作用的发挥具有重要的影响,“一个先例的力量与合理性就是这些案例之间类比的力量”。^[19]

根据《西方哲学英汉对照辞典》,从词源上讲,类比(analogy)由希腊文 *ana* (起来、通过)和 *logos* (理性)结合而成。这个词原来指不同事物之间的数学比例,现在已经扩展来指不同事物之间的类似和相像。^[20] 布儒教授认为:“类比的古代意思是作为比例的平等。”^[21] 美国实用主义哲学家皮尔士对类比的说明非常精到:“类比是如下推断:一组数目不大的对象如果在许多方面都一致,很可能在另一方面也一致。”^[22] 《美国遗产词典》关于类推推理的定义是:“一种建立于这样一种假定之上的逻辑推论方式或者是这种推论的一个结果,即如果已知两个事物在某些方面相类似,那么它们一定在其他方面类似。”^[23] 《牛津英语词典》的定义是:“从相似案件中所做的推理过程;基于如果事情在某些方面属性类似那么它们其他的属性也将类似的假定的假定推理”^[24]

笔者引述这些论述和词典的目的,是想请读者注意有关类推推理的三个关键词:比较、扩展、推论,即类推推理是有关事物之间的比较;它是把人们对已知事物的认识扩展到未知事物上;它是一种或然性的推论,而不必然是颠扑不破的真理,其正确性取决于许多因素。

案件类比虽然以类推推理为工具,但案件类比并不是一个简单的逻辑作业过程。我们以往多是在形式逻辑的框架下谈论类推推理,难免使我们对类推推理的理解和使用具有唯理主

[16] 同上注,页 32。“like cases must be decided alike”,从英文原词和上下文来看应译为:“类似案件必须类似审判”,而不宜如中文译本为“同案必须同判”。

[17] See Scott Brewer(布儒),“Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, 109 *Harvard Law Review*, 956 (1996).

[18] 克罗斯等,见前注[15],页 209。

[19] D. Neil MacCormick, Robert S. Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Ashgate, 1997, p. 474.

[20] (英)尼古拉斯·布宁、余纪元:《西方哲学英汉对照辞典》,人民出版社 2001 年版,页 41。

[21] Brewer, *Supra* note 17, at 942.

[22] (美)皮尔士:《文集》,第一卷,第 68 页,转引自前注 20,页 41。

[23] *American Heritage Dictionary* 66 (3d ed. 1992), Quoted in *Supra* note 17, FN81, at 951.

[24] *Oxford English Dictionary* 432 (2d ed. 1989), Quoted in *Supra* note 17, FN81, at 951.

义的倾向。这反而限制了我们的运用类比推理判断类似案件。诚如考夫曼教授所说,类推结论是或然的、有疑问的判断,而“创造性的、崭新的知识几乎都不是以一种精确的逻辑推论来进行”。〔25〕笔者以为,我们在思考类似性判断方面需要一种观念的改变、升级。所以,我们在讨论类似案件判断的具体问题之前,需要先讨论影响类比判断正确性的因素与类比扩展的特点。

(二)类似性判断与人的主动性

对事物进行类似性判断,就是进行某种形式的分类。中国古代先哲对此有着丰富的、对我们非常具有启发性的论述。《周易·系辞下》讲:“古者包羲氏之王天下,仰则观象于天,俯则观法于地,观鸟兽之文,与地之宜,近取诸身,远取诸物,于是始作八卦,以同神明之德,以类万物之情。”〔26〕《荀子》讲:“有法者以法行,无法者以类举。以其本知其末,以其左知其右,凡百事异理而相守也。庆赏刑罚,同类而后应。政教习俗,相顺而后行。”〔27〕我们从这些论述中可以学到:中国古代先哲把类比作为认识世界的重要方法;事物虽各有不同,但人们可以通过对事物的比较、关联、类比,由此及彼,认识、把握客观事物。《庄子》则从另一个角度告诉我们类比的奥秘:“自其异者视之,肝胆楚越也,自其同者视之,万物皆一也。”〔28〕客观事物千差万别,但是人们可以通过从不同角度对这些事物的比较、关联、类比,根据对事物进行类比的的不同标准,发现事物多侧面的相同点或不同点。换言之,类比推理就是人们根据一定的标准把不同事物相同处理,而这些标准是被证明为正当的。德国考夫曼教授在谈到类推时表达了类似的观点。他指出,类推是“在一个已证明为重要的观点之下,对不同事物相同处理,或者我们也可以说,是在一个以某种关系为标准的相同性中(关系相同性,关系统一性),对不同事物相同处理”。〔29〕类推的实质是“以一个证明为重要的观点为标准,而将不同事物相同处理之思想”。〔30〕

现代社会的“类型”概念最早由生物分类学转化而来,后广泛用于建筑学、语言学等许多领域。在建筑学上,“‘类型’表现更多的是一种元素的概念,这种概念自身就应该作为特定模式的规则”。〔31〕人们把自然科学的分类行为称为“分类学”,而把社会领域的分类行为称为“类型学”。“类型学”研究可变性和过渡性。因为一个类型只需研究一种属性,所以类型学可以用于各种变量和转变中的各种情势的研究。根据研究者的目的和所要研究的现象,可以引出一特殊的次序,而这种次序能对解释各种数据的方法有所限制。所以对类型学进行研究的学

〔25〕 (德)亚图·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,颜厥安审校,学林文化事业有限公司1999年版,页77、79、135。

〔26〕 黄寿祺、张善文:《周易译注》,上海古籍出版社1980年版,页573。在这个问题上,笔者受到郑智博士在2013年10月19日中国法学会比较法学研究会年会论文“身体思维下的情实问题及其巫术根源”的启发。

〔27〕 章诗同:《荀子简注》,上海人民出版社1974年版,页303。

〔28〕 陈鼓应:《庄子今注今译》,中华书局1983年版,页145。

〔29〕 考夫曼,见前注〔25〕,页59。

〔30〕 考夫曼,见前注〔25〕,页61。

〔31〕 沈克宁:《建筑类型学与城市形态学》,中国建筑工业出版社2010年版,页21。

者认为,分类的规则不是客观的,而是一种“人类心灵的建构”。^[32]在人对于分类与类比的主动性上,法律分类与类比法律推理同社会领域的分类具有共性。罗斯和哈里斯就认为:“对先前案件和法院面前的案件之间的相关类似或区别的感知在很大程度上取决于情境。”这甚至“主要是一个心理学问题”。^[33]

(三)类似案件判断与法律的密不可分联系

我们从上文的讨论可以看出,人们通过从不同角度、按照一定的标准对事物进行比较、类比,发现不同事物的相同点或不同点,从而得出某些事物类似或不类似的结论。那么,人们在法律生活中对案件进行比较、类比,根据什么标准确定不同案件的相同点或不同点,从而得出案件类似或不类似的结论?法律。法律是人们判断案件相似性的重要标准。可是,人们进行类似案件判断往往是由于制定法不能给我们提供审判案件的标准,所以需要在判例的指导下审判案件。这就给人一个错觉,以为对类似案件的判断是不需要法律或者没有法律可做依据的。其实,我们所说的案件类似都是规范性、法律性的类似,所以对案件类似的判断还是以法律为基础。布儒教授指出:“一个人如果不首先形成用来处理相关的同一性的法律规则,永远不可能声称甲在法律上同乙类似。为什么?因为那正是法律相似、平等、相同或类似所意味的。它们意味着按照既定的规定性处理规则,甲和乙规定性的相同。”^[34]佩赞尼克教授在谈到民法法系国家判例方法时指出:“判例之间的类比需要建立它们之间的联系,这种联系不会是别的,就是涵摄这些判例的规范,这种规范或者已经先在、或者由解释者所创造,但它一定是可思议的。”^[35]

(四)判断类似案件所依据的法律和所使用的推理方法

我们说“类似案件类似审判”与法律有密不可分的关联,但这里的法律并非规范思维模式(规则主义)下的法律规则,而是卡尔·施密特所说的法律秩序思维模式中的法律,^[36]或者是考夫曼教授所说的“实质的具体的法”。考夫曼指出:对真实的生活事实而言,法律是实证的、具体的、有历史性的。考夫曼称这种实证法的具体性与现实性为实质的实证性,它包含在具体的法律判决中,而与制定法规范(或“习惯法”或“法官法”规范)并不完全是一回事。考夫曼认为,制定法的内容是普遍的,因此并非实质一具体的,而只是形式的(亦即概念上的)被具体化,考夫曼称之为“形式的实证性”。^[37]考夫曼所说的真实的、具体的法的实质,是“本质不同者间对应的统一性:在当为与存在间、在规范与生活事实间对应的统一性”。^[38]他认为:“法是

[32] “关于类型学”,参见 http://blog.sina.com.cn/s/blog_472767a30100iabi.html,最后访问日期:2013年10月20日。

[33] 罗斯等,见前注[15],页212-213。

[34] Brewer, *Supra* note 17, at 958-959.

[35] Neil MacCormick, Robert S. Summers, *Supra* note 17, at 474.

[36] (德)卡尔·施密特:《论法学思维的三种模式》,苏慧婕译,中国法制出版社2012年版,页46、51。

[37] 考夫曼,见前注[25],页23。

[38] 考夫曼,见前注[25],页43。

一种对应,因此法的整体并非条文的复合体,并非规范的一体,而是关系的统一性:关系统一性。”〔39〕简言之,这种法律是应然与实然的统一。理解并实现这种法律可能并非易事,但也并非玄事。可以说,一个国家法律秩序或法律制度的情况体现在一个国家的法律判决的情况中;我们国家目前的许多法律判决缺乏法律根据和法律说理,未尝不是我们国家目前法律状况的反映。

判断类似案件所使用的基本推理方法是类比推理,而类比推理是一种“类型的思维方式”。它在法律实践中的作用具有双重性:既是形成法律统一性的纽带,又是法律获得现实性(事实性)的桥梁与钥匙(关键)。换言之,类比推理既是构成法律的要素,又是理解法律、实现法律的方法。考夫曼认为:“在法之中,当为与存在既非同一亦非相异,而是类似地(对应地)联系在一起’——可以说,法的现实性本身是根基于一种类推,因此法律认识一直是类推性的认识。法原本即带有类推的性质。”〔40〕所以,考夫曼指出:“关系统一性,对应:这正意味着类推。‘Ana-logod’,字义就是:使一对话,合乎理则,……类推既非相同亦非相异,而是两者兼俱:……或者如黑格尔所说的‘辩证的统一’,‘同一与非同一之同一’。”〔41〕考夫曼对法律实质的论述不同于中国学者通常所理解的法律。但是借助于前文所引《荀子》的论述,我们似乎可以接受、同意考夫曼的观点。〔42〕由于类推具有这种双重作用,尤其是“生法者”实现法律规定与客观现实间统一性的纽带,所以,人们运用类比推理的方法进行案件类似性判断以使用先例的过程,实际上就是运用类推展现法律、发展法律的过程。〔43〕

类推的双重作用使得类推的意义(significance)也具有双重性:“一方面使制定法能够有创造力、历史性、适应力,另一方面也限制法律发现者的恣意。”〔44〕当我们运用类比推理判断类似案件时,我们并不是在进行无规范的法律发现,我们可能确实没有具体的制定法规则可作依据,但是,我们是在一个法律体系、一个法律秩序内进行法律发现,而类比推理在帮助法官进行法律发现并规范法官的法律发现活动的同时限制其恣意。考夫曼认为:除了制定法之外,法官据以运用类比推理判断类似案件的法律秩序还包括:道德、习惯、“普遍的文化与世界观”、“所有公平与公正思维者的礼仪感”或裁判者本身的法律感情与良心。〔45〕考夫曼的这个观点与德沃金有关法律原则的来源的观点具有相通之处,也与施密特对法律的秩序思维模式的观点有相通之处。从施密特的秩序思维模式看,运用类比推理判断类似案件所依循的法律,是法律秩序;而司法先例、法律原则都是此法律秩序的具体体现。〔46〕

〔39〕 考夫曼,见前注〔25〕,页 41。

〔40〕 考夫曼,见前注〔25〕,页 43、45。

〔41〕 考夫曼,见前注〔25〕,页 41、43。

〔42〕 “有法者以法行,无法者以类举。以其本知其末,以其左知其右,凡百事异理而相守也。庆赏刑罚,同类而后应。政教习俗,相顺而后行。”章诗同,见前注〔27〕,页 303。

〔43〕 所以,长期以来,普通法国家的法官认为他们运用、发展判例法是“发现法律”,而非造法。

〔44〕 考夫曼,见前注〔25〕,中文版序言,页 7。

〔45〕 考夫曼,见前注〔25〕,页 25。

〔46〕 施密特,见前注〔36〕,页 98;考夫曼,见前注〔25〕,页 29。

总之,我们以类比推理的方法判断类似案件,而类似案件的判断和类比推理的运用与人的主动性有直接关系,也就是要以法律为标准进行判断;但这里的法律是法律秩序或作为整体的法律,而非具体的法律规则;类比推理一方面有助于法官判断类似案件,另一方面也规制法官对类似案件的判断,限制司法专横。

三、确定与运用比较点

(一)相关类似性、比较点与争议问题

一定的法律秩序是判断类似案件的依据。但是,仅有法律秩序还不足以对案件是否类似做出判断。事物类似的方面可以是无限广泛的。对解决案件争议有帮助的类似性是相关的类似性,这种类似对于解决待判案件有直接帮助。由于类似性判断、类比是人的一种有特定目的的认识活动,所以,判断两个或数个案件是否类似需要确定案件的比较点,以便确定案件在什么意义上类似?这种比较点是比较者进行案件比较的支点,也是决定类似性是否相关的支点。例如,在英国,一个由于姜汁啤酒瓶内进入死蜗牛而使原告受到伤害的案件,与一个由于生产商的粗心大意(carelessly)而使过量硫磺进入内衣裤商品从而导致购买者饱受皮炎之苦的案件是否类似?如果单从作为重要事实之一的产品上讲,一个是饮料,一个是衣物,两个案件不类似,但如果从由于生产者疏忽生产了缺陷产品而导致受害者身体受伤害这点看,两个案件是类似的。因此,适用于先前案例的法律解决方案,也应当适用于当下案件。当年的英国法院就是如此审判的。^[47]

从上述案例可以看出,确定比较点的过程并非一个单纯的事实发现过程。发现比较点,一如考夫曼所说的法律发现,是“一种使生活事实与规范相互对应,‘一种调适’,一种同化的过程”。^[48]类似案件的判断,既有事实问题,又有法律问题;既不是单纯的事实比较,也不是单纯从定义、概念出发进行类比的逻辑作业,而更多地是从案件和法律的意义,从法律拟规范的生活事实的本质中得出。^[49]这是一个在规范与事实之间的循环往复的判断,是同时进行的双向“自我—开放”过程。^[50]这个过程包括两个方面:“一方面针对规范调适生活事实,另一方面针对生活事实调适规范。”这种过程的目的是要发现意义(meaning, meaningfulness)、事物的本质,也就是发现法律所秉承和所体现的价值,人们制定、实施、遵守法律的目的,它代表特殊与普遍,是特殊中的普遍,是类推的关键点和基础。^[51]

在这里,意义(meaning, meaningfulness)的作用是作为类似性判断的支点、作为调适法律

[47] 克罗斯等,见前注[15],页55。“carelessly”译为“粗心大意”比“不小心”更合适原意,See Rupert Cross, J.W.Harris, *Precedent in English Law*, Fourth Edition, Clarendon Press, 1991, p. 48.

[48] 考夫曼,见前注[25],页87。

[49] 考夫曼,见前注[25],页91。

[50] 此处所讨论的类似案件的判断,主要是针对涉及疑难案件先例适用的判断。

[51] 从此种“事物本质”产生的思维是“类型式的思维。”考夫曼,见前注[25],页91、103、107、109。

理念或法律规范与生活事实、“当为与存在”的媒介,在双方之间形成一种关联、对应,帮助人们进行先例与待判案件之间具有相关类似性的判断。^[52]意义不是放之四海而皆准的真理,而是一种语境化、情境化的判断和认识。例如,在上述案例中,生产者因疏忽造成产品缺陷导致的被害人伤害是否应当承担法律责任?一个由于姜汁啤酒瓶内进入死蜗牛而使原告受到伤害的案件与一个由于生产商的粗心大意而使过量硫磺进入内衣裤商品从而导致购买者饱受皮炎之苦的案件是否类似?在这里,法官的判决不仅必须正确评价法律规范的意义,还必须在法律规范所蕴含的类型性中掌握生活事实,^[53]以便做出符合公正和生活发展道理的有关案件相关类似的判断。

法律人的任务和才能,主要是“在法律的一规范的观点之下分析生活事实”,而不是拘泥于对制定法的了解进行三段论作业。^[54]在前述案件比较中,法官要解决的问题是:对生产者因疏忽造成产品缺陷导致的被害人伤害是否应当承担法律责任?这里,生产者疏忽造成产品缺陷导致的被害人伤害是个事实问题,由何种产品导致的伤害也是个事实问题。但怎样界定产品缺陷则是一个法律问题。^[55]缺陷产品导致被害人伤害是否应当承担法律责任也是个法律问题。疏忽是侵权法上的一个重要概念,如何界定疏忽则既有事实问题也有法律问题。^[56]可以说,所有这些问题都既不是一个单独的事实问题,也不是一个单独的法律问题,而是事实与法律、事实与规范、事实与价值相混合的问题。由于该问题在既定的法律规则中没有现成答案,所以需要法官根据法律秩序、法律原则、司法先例通过类比推理做出决定。^[57]

充当案件比较支点的比较点,需要面对事实与法律、事实与规范或事实与价值的双重争议。换言之,案件比较点常常是兼具事实与法律、事实与规范或事实与价值双重争议的问题。比较点一般不是单纯的事实问题,单纯事实认定而没有任何法律因素的问题,是科学问题或技术问题,不大会成为需要参照先例的法律疑难问题;单纯的法律问题而没有任何与具体案件的事实因素相关联的问题,是纯粹的学术研究、理论探讨或制定法规定,与有争议的案件解决没

[52] 考夫曼,见前注[25],页133、135。

[53] 这里所说的类型是指“规范类型”,即“法律理念与生活事实的这个中间点,所有法律思维最后都围绕在该中间点上;亦即,它是规范正义与事物正义的中间点。”考夫曼,见前注[25],页115、113。

[54] 考夫曼,见前注[25],页87。

[55] 在产品责任法发展的早期只是对产品制造缺陷追究责任。随着经济、社会以及人们对公正、法律需求的发展,才逐渐有了对设计缺陷、警示缺陷及其相应法律责任的规定;而对制造缺陷、设计缺陷和警示缺陷的判断,需要依照法律。法官在判定一个特定案件的产品是否存在缺陷时,往往要根据产品缺陷的法律规定、法律精神和法理进行综合判断。

[56] 根据美国侵权法,是否构成疏忽,主要取决于行为人是否尽到了合理注意(reasonable care),而在中国则取决于是否违反了法律所规定的标准。法官在判定一个特定案件的行为人是否尽到了合理的注意或是否违反了法律规定的标准时,往往要根据有关合理注意或有关法定标准的法律规定、法律精神和法理进行综合判断。

[57] 所以,考夫曼认为:“制定法比立法者聪明”,亦即,从制定法中可以解读出立法者根本未作规定的判断。如果我们把具体法律判决的获得单纯理解为一种“法律适用”,那么上述这种现象将是个无法解答的谜。”考夫曼,见前注[25],页95。也就是说,法律适用,尤其是有关司法先例和指导性案例的法律适用,其实是一个法律创制的过程,是以司法的方式对立法加以发展的过程。

有直接关系,同样不构成比较点。比较点是法律与事实的结合,是“已经与价值关联的事实”,^[58]涉及并融入了比较者的价值判断。所以,比较点既具有事实性,又具有“意义性与价值性”,人们根据这个支点对比较对象进行有意义和有特定价值的观察和比较。因此,考夫曼说,比较对象的“类似性透过一种‘目的论’的程序而被确定”。^[59]而且,比较点可能不止一个。这是因为,类似性判断是人的一种有特定目的的认识活动,所以类似性判断不是线性的、只有一个方向、一个可能,而是有多重可能、多种方向,取决于比较者的需要和目的、取决于比较者在什么意义上比较。^[60]

所以,我们可以说,我们决定类似案件的比较点、判断两个案件之间的类似性是否相关,就是看争议问题是否类似或具有同类性,而争议问题一定兼有事实性和法律性。这就回答了前面所提出的问题:为什么案件事实在实现类似案件类似审判时重要?因为法院的任务就是解决有争议的问题,只就争议、纠纷问题做出决定,而争议问题存在于具体的案件事实当中。所以,在普通法系国家,法官会仔细检视实质性事实以确定相关类似性的程度,学者会使用事实的相关性或不相关性作为对其论证的支持,律师会强调事实的相似性或不相似性作为他们向法庭陈述立场的一个主要的结构性组成部分。^[61]

(二)争议问题与判决理由、实质事实

进行类似案件判断的比较点是案件的争议问题,或案件的“主要问题”。争议问题与案件的重要事实直接相连,这些重要事实是判断类似案件所需要的“关键事实”,或称“必要事实”。布儒教授谈到先例的重要事实(必要事实)时指出:“根据理由规范,一个先例的权威效力只限于该先例所要解决的争议的、被先例(法律)证成的相关必要部分的特定事实性特点。”^[62]在普通法系国家,与争议问题相关联的实质事实是适用先例中判决理由、法律解决方案的前提,是判例法规则的逻辑构成中的前提和先例的重要组成部分。只有明了实质事实,“才可能确保受先前判例约束的法院以与其他法院相同的方式来裁决新案件”。^[63]司法先例中的实质事实(必要事实)相当于制定法规则的“行为模式”,是衡量行为人行为的法律后果的充分必要条件。如抢劫罪,是否实施抢劫行为,是对抢劫者定罪量刑的根据。我们在进行案件比较时,只有将相关法律规定与案件事实关联起来,才能够发现问题的意义和实质,即确定案件类似性的比较点。在普通法国家,如果法官要遵循先例审判案件,那么,先例中判决理由的法律论点是三段论推理的大前提,而据

[58] 考夫曼,见前注[25],页31。

[59] “所谓的‘涵摄’无非就是一种‘内在构成要件的类似推论’”。考夫曼,见前注[25],页81、83、85。

[60] 正如考夫曼所说:“比较点不是永远只有一个而且同一个,一只狗是否只与狮子类似,无法绝对地这么说;因为在此取决于何种类似性范围,何种比较点:‘家畜’或者是‘温血的脊椎动物’。”参见(德)考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,页120。

[61] Neil MacCormick, Robert S. Summers, *Supra* note 19, at 387.

[62] Brewer, *Supra* note 17, at 1019.

[63] 克罗斯等,见前注[15],页49。

以作出判决的案件事实就是小前提,法院的判决则是这个三段论的结论。^[64]类似案件类似判断的首要步骤之一,是将待判案件的争议事实与先例中的实质事实进行对比。如果经过对比构成类似案件,就应当遵循先例,按照先例的法律解决方案进行审判,如果不构成类似案件,则不应当按照先例中的法律解决方案进行审判。

有的学者以为将待判案件的争议事实与先例中的实质事实进行对比的过程是一个单纯的事实比对过程,其实不然。将待判案件的争议事实与先例中的实质事实进行对比的时候,需要同时考虑先例中的判决理由,其中涉到对有关法律问题的辨析和判断。这是因为,一个案件有许多案件事实,用来比较、判断相关类似性的案件事实,一定是在争议中具有重要意义而且具有法律意义的事实。例如前述姜汁啤酒瓶内进入死蜗牛而使原告受伤害案与过量硫磺进入内衣裤案的比较。通常,审案法官会在先例的判决理由中说明他是根据什么样的事实作出判决的,那些在判决理由加以说明的事实就是实质性事实,就是重要事实。^[65]因此,在普通法系国家,判决理由对于确定案件的必要事实具有重要的意义。

在此,我们遇到了一个问题的“连环套”:先例中的实质事实是判决理由的前提,而对实质事实的判定又有赖于对判决理由的理解。这不是故弄玄虚,而是多年判例法实践积累的“人为理性”。对于如何确定“判决理由”,许多学者都进行了深入的研究,得出了各自不同的结论。克罗斯、哈里斯指出古德哈特确定判决理由的方法有更大的优点。他们指出:

按照古德哈特博士的观点,一个判决的判决理由要通过查明法官认为属于实质的(必要的——引者注)事实来确定。要根据这些事实,从法官的判决里得出原则。任何受该判例约束的法院必须得出类似的结论,除非它面前的案件另有其认为属于实质的事实,或者除非某些在前面判例中被认为属于实质的事实在该案件中是缺乏的。^[66]

古德哈特博士在一起涉及银行担保的案件中,就“被告从这个欺诈行为中受益这个事实属于实质事实还是非实质事实”进行了讨论。法官认为被告从这个欺诈行为中受益属于实质事实,所以,该案的判决理由是“雇主要为雇员或代理人在受雇期间或为了雇主的利益犯下的任何错误负责”。^[67]由于被告从这个欺诈行为中受益属于实质事实,如果雇主没有从雇员或代理人受雇期间的欺诈行为受益,就不能根据这个先例要求雇主为雇

[64] 克罗斯等,见前注[15],页54。

[65] 所以,在英国,“一般而言,一份没有理由的判决的权威是非常弱的,因为很难说得出哪些事实重要,哪些事实被认为是不重要的。”但是,这并不是绝对的。克罗斯、哈里斯指出:“某些早期的判例汇编收入了对没有陈述理由的判决的详尽说明。认为这样的判决必然缺乏使其能够被引作先例的判决理由是错误的,因为它们必须依赖的法律论点可以或多或少地从事实和结论中推论出来。”克罗斯等,见前注[15],页54、56、59、175。他们的观点对我们具有启发意义。因为在当代中国,根据笔者的田野考察,有些法官面对疑难案件,有可能会作出合理合法、值得其他法官以后审判类似案件参照的判决,但是限于时间和理论能力,他们可能不能在判决书中做出充分的法律论证。所以,一方面,我们呼吁中国法官在判决书中说理,以便为指导性案例的发展创造条件;另一方面,在寻找、编辑指导性案例的时候,我们不当拒绝那些虽然缺乏判决说理但适用法律正确、判决得当的对疑难案件的判决。

[66] 克罗斯等,见前注[15],页72。

[67] 克罗斯等,见前注[15],页77—78。

员或代理人的错误行为负责。

在1910年代的美国纽约发生了与英国的 *Donoghue v. Stevenson* 案相似的 *Mac Pherson v. Buick Mfg.Co.*案,该案是一起由于汽车缺陷导致用户受到严重伤害、用户作为原告要求汽车生产者予以赔偿的案件。此前,这类案件是根据合同法审判的。由于此案原告与被告没有合同关系,如果按照合同法审判该案,没有合同关系就没有责任,原告就无法得到赔偿。卡多佐法官是该案的上诉审法官。他援引 *Thomas v. Winchester*^[68] 及其它有关判例认定:该先例所确立的法律原则不仅限于毒药、爆炸物或此类物品;如果可以合理地确定一种物品被疏忽制造就会使生命与肢体遭遇危险,那么该物品就是危险物品;如果该物品会被买主以外的人不加检测地使用,那么与合同无关,该危险物品的制造商就有仔细制造的义务;如果把最终产品投入市场的制造商疏忽,而危险是可以预见的,就有责任。^[69] 这种责任是不同于合同责任的侵权责任。正是基于上述理由,由生产者疏忽生产的有缺陷的汽车造成用户身体伤害的 *Mac Pherson v. Buick Mfg.Co.*案,与由于生产者将有毒药品错贴标签致人伤亡的 *Thomas v. Winchester* 案是类似的。在作为先例的 *Thomas v. Winchester* 案中,被告并没有因无合同关系而免责,那么 *Mac Pherson v. Buick Mfg.Co.*案中的被告也不应因无合同关系而免责。卡多佐的上述论点就是判决理由。它揭示了事物的本质,是人们判断案件事实是否类似的根据。卡多佐后来总结说:“在纽约,只要制造的产品可能对生命造成威胁,不管合同的相对性,都可以依据侵权法针对有过错的生产者申请救济。”^[70] 上述判断被不断用作衡量案件事实是否类似的标准。借用考夫曼的话说,判断案件相似性的比较点,是发现“规范正义与事物正义的中间点”。^[71] 在这里,我们看到了真实版的施密特的法秩序思维,并可以具体理解他说的“英国式的案例法就会成为具体秩序思维的演示,完全以特定个案内部的法为依归”。^[72]

代表民法法系法律方法的佩赞尼克教授认为,类似案件的判断“可以通过掂量与平衡各种

[68] 在托马斯诉温切斯特(*Thomas v. Winchester*)案件中,被告给颠茄错贴了蒲公英标签,之后它被卖给药店;药店又转卖给消费者。消费者从最初贴标签的卖主(与消费者没有“契约当事人关系”)处得到了赔偿。法院认为,被告的疏忽将人类的生命置于迫近的危险。一种错贴了标签的毒药,可能会伤害得到它的任何人。由于危险是预知的,所以就有义务避免这种伤害。这种对契约当事人以外的人的义务在托马斯案中属于特例,即只是在有“迫近的危险”(imminent danger)的情况下。See 6 N. Y. 397 (1852)。

[69] 卡多佐对托马斯诉温切斯特案进行了新的解释:“我们认为,托马斯诉温切斯特的原则不仅限于毒药、爆炸物,以及此类性质的东西,那种在其正常操作中就是破坏性工具的东西。如果事物的性质可以合理地肯定一旦过失地制造就会置生命和肢体于危险中,它就是危险物品。……如果对于危险的成分有进一步的了解即此物将会被买主以外的人使用并且不会再行检测,那么,与合同无关,这种危险物品的制造商就有仔细制造它的义务。……必须知道危险很可能发生而不仅仅是可能发生。以某种方式使用几乎任何东西,如果其有缺陷,都可能产生危险。在其单独的合同义务范围内追究制造商是不够的。……这种关系的近或远是一个考虑因素。我们现在正在处理最终产品的制造商的责任问题,是他将产品投入市场而他的顾客会不加检查的使用。如果他有过失,危险是可预知的,就有责任。”See *Mac Pherson v. Buick Mfg. Co.*, 217 N. Y. 382.

[70] (美)本杰明·N.卡多佐:《法律的成长——法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,页44。

[71] 考夫曼,见前注[25],页113。

[72] 施密特,见前注[36],页98。

理由、常常是原则,而得到正当性证明”。“人们需要一个‘相关性的钥匙’,一个使掂量与平衡各种理由得以可能的概念。”这一点与上述我们谈到的普通法系国家的判决理由的作用相似。佩赞尼克教授认为,相关的相似性与许多不同的东西有关,诸如人、物、文件、权利、义务、与时空有关的情形以及相关“故事”中判例的地点。^[73] 这些因素对于人们确定和使用那个“相关性的钥匙”、对于掂量与平衡各种理由、原则并进行正当性证明具有重要的意义。

我们可以这样总结上面的讨论:首先,判决理由及实质事实是争议问题的具体体现;其次,判决理由的确定不是静止不变的,而是动态的——判决理由以及实质事实是由后来的法官加以认定的。在以侵权法追究缺陷产品制造商的责任、为受害人提供法律救济方面,卡多佐指出,随着这种救济的适用范围不断扩展,被列为危险的事项也持续增加,从错贴了标签的有毒物质,到脚手架和汽车,甚至包括在其中发现了钉子或者其它异物等说明书中未提及的配料的馅饼和蛋糕。^[74] 可见,比较点或相关的类似性事项是可以延展的。关键问题是“将不同的案件视如相同,在什么情况下是正当的?”^[75] 这就是佩赞尼克所说的确定和使用“相关性的钥匙”。

四、相关类似性判断的规则与逻辑

当我们运用类比推理判断类似案件时经常遇到的问题是:我们怎样判断甲案件与乙案件而不是丙案件相似?同时,当我们说两个案件或几个案件类似的时候,我们是说这种(些)类似是相关的。那么我们怎样判断、衡量这种相关性?当我们判定甲案件与乙案件而不是丙案件相似的时候,我们根据什么相信这样一种判断是合理的、正确的?类似案件的判断是不是变戏法,人们可以为所欲为、各显神通?是否存在属于区别技术的“决定性理由”?一些中国法官所希望的那种“案例相似性比对规则”是否可能?笔者以为,我们是有可能制定某种“案例相似性比对规则”的,我们确实可以找到、形成判断类似案件的方法和规则,虽然这些规则不会像酸碱试纸那样简明灵便,也不能放之四海而皆准。在有些情况下,问题的意义和事物的本质比较容易发现,人们比较容易取得共识。但有时,上述问题的意义和事物的本质就不那么显而易见,更谈不上取得共识了。此时,一定的规则和理由,对于我们进行比较复杂的类似案件的判断就显得十分必要。这种规则可以一方面辅助我们进行类似性判断,另一方面规范我们的判断、防止进行类似性判断时的专断和失误。

布儒教授对有关样例推理(exemplary reasoning)的类比保证规则(analogy—warranting rule——AWR)和类比保证理由(analogy—warranting rationales——AWRa)的研究对我们研究类似案件的判断具有启发意义。我们可以从布儒教授对具体案例的分析中了解他所提出的类比保证规则和类比保证理由的含义和作用。

[73] Neil MacCormick, Robert S. Summers, *Supra* note 19, at 474.

[74] 本杰明·N.卡多佐,见前注[70],页44。

[75] (美)艾德华·H.列维:《法律推理引论》,庄重译,中国政法大学出版社2002年版,页6。

在亚当斯案中,旅客亚当斯放在所乘轮船客舱的贵重物品被偷。轮船老板没有失职疏忽。旅客也不存在疏忽。争议的问题是:轮船老板是否对旅客的丢失物负有严格责任?有两个不同的先例可以用来比较。在一个先例中,旅馆老板对旅客贵重物品的被偷承担严格责任;在另一个先例中,铁路公司对旅客在开放式卧铺车厢里的贵重物品被偷不承担严格责任。需要回答的问题是:以法律的眼光看,如果轮船旅客贵重物品被偷案要依照判例法得到类似法律处理的话,那么轮船与旅馆更类似,还是与火车更类似?〔76〕

布儒教授总结并分析了审法官进行案件对比时的基本推理步骤。为了方便、简明地分析判例之间的关系,他将待判案件称为目标案例,此处是需要比较的发生失窃案的轮船老板案,以 y 表示;用来比较的先例被称为源案例,此处是用来比较的旅馆老板案,以 x 表示。

目标案例(y)=轮船老板案;

源案例(x)=旅馆老板案。

两个案例共享的特点是:

F:有一位基于特定理由 R (隐私等)得到一个房间的旅客。

G:有欺骗和偷窃旅客的诱惑性机会(旅客由于身居相对私密的房间而会把贵重物品放在房间里,因而存在欺骗和偷窃旅客的诱惑性机会。)

推导出来的特点是:

H:老板负严格责任。

我们知道,进行类似案件的判断,就是运用类比推理进行归类,在这里进行的归类是:“在目标案例和源案例共有一个和多个共同点的基础上,推理者推论出目标案例也具有已知的源案例所具有的(其他——引者加)特点。”〔77〕

法官的论证步骤是:

(1) y 有 F 和 G (目标案例前提)

(2) x 有 F 和 G (源案例前提)

(3) x 还有 H (源案例前提)

(4)类比保证规则:如果某事件有 F 和 G 并且有 H ,那么所有事件都有 F 和 G 并且有 H ;

(5)所以, y 有 H 。〔78〕

布儒教授指出:这是一个样例论证,其中第四步是此论证的类比保证规则,在整个论证中至关重要。在此案中,样例论证提供了为适用审判案件所需要的判例法(先例)进行证成解释的必要语境,即待判案件是否与先例相类似;而类比保证规则在重构此类比论证中满足了衍推(蕴涵)需要,即由于两案相类似,先例的法律解决方案可以衍推至待判案件。类比保证规则作为与“待判案件前提”一起的前提,演绎地推出结论,满足了为样例推理(语境)进行正当性证明

〔76〕 Brewer, *Supra* note 17, at 1003—1004.

〔77〕 Brewer, *Supra* note 17, at 967.

〔78〕 Brewer, *Supra* note 17, at 1005.

的目的。^{〔79〕}

这里,类比保证规则的获得,是通过演绎推理得到的。^{〔80〕}其推理步骤是:

大前提:如果有 F 和 G,就有 H

小前提:乙(所有事件)有 F 和 G,

结论:乙(所有事件)有 H。

类比保证规则(AWR)的作用是“表明已知的可共享的、被比较项目的那些特点与那些待推断的特点之间的逻辑关系”,保证在某个具体特点或者某些具体特点的类比项目的提出中,允许人们从某个具体特点或者某些具体特点得出推断项目来;“把规范精确化以便在相关的类似案件中提供指导。”^{〔81〕}它保证了类似案件的类似是“相关的类似性”。^{〔82〕}

并不是在所有类比论证中都需要类比保证规则。类比保证规则适用于类比论证出现疑问的语境。^{〔83〕}如此这般的道理在于,法官必须在相关的概然辩论性先例中解释该论证,以便决定什么是它建立的规则(理由),以及该规则是否应当影响他自己的决定。法官寻求重构一个特定的论证以便他可以理解该特定论证从前提到结论的推演并受它的指导。^{〔84〕}

类比保证理由是另外一个在有说服力的类比论证中十分重要的部分。类比保证理由通过彼此具有密切关联的解释与证成支持类比保证规则。^{〔85〕}所谓类比保证理由解释类比保证规则,是指以法律的眼光看,为什么人们获得或者应当获得由类比保证规则所说明的那些特点之间的逻辑关系?^{〔86〕}例如,在旅馆老板承担责任案中,类比保证理由解释说明:之所以轮船老板责任案与旅馆老板担责案相类似,是因为旅馆老板担责满足论证推断特点的充分条件,即对其客户的严格责任。由于旅馆老板所拥有的特殊便利,所以他对客人承担严格责任。这是公平合理的。在这个问题上,拉兹的观点从另一个角度加强了布儒的观点。拉兹认为,规则的理由,即规则的合理性(rationale)或规则所服务的目的,证明了规则的正当性。^{〔87〕}

需要说明的是,类比保证规则与类比保证理由以普通法为法律基础,以样例推理与假说推理(Abduction)为理论基础,并以语义学和语用学等理论为学术工具。笔者在此简化了布儒教授提出的类比保证理由对类比保证规则的解释与证成。

推理者在进行类比推理时,使用描述事物及其相互关系的谓词逻辑和关系逻辑。因为对有待认识的事物,是在一个与另一个比它更为众所周知的事物的关联(关系)中加以认识

〔79〕 Brewer, *Supra* note 17, at 1005.

〔80〕 考夫曼教授曾经指出,“类推是一种演绎法与归纳法混合的形态。”考夫曼,见前注〔25〕,页 77、79、135。

〔81〕 Brewer, *Supra* note 17, at 965,981.

〔82〕 Brewer, *Supra* note 17, at 1015.

〔83〕 Brewer, *Supra* note 17, at 980.

〔84〕 Brewer, *Supra* note 17, at 986.

〔85〕 Brewer, *Supra* note 17, at 965.

〔86〕 Brewer, *Supra* note 17, at 1012.

〔87〕 (英)约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱峰译,法律出版社 2005 年版,页 176—177。

的。^[88] 所以,“类型无法被‘定义’,只能被‘描述’”。^[89] 布儒教授指出:“在有关某种谓语的扩展或某个文本的意思出现疑问的语境下,就有假说推理。”^[90] 法律论证中的“疑难语境”,是法官或律师遇到或者面对几个判例,而无法确定是否将其适用于某一个待判案例。在这种疑难情况下,推理者(如法官)寻求“发现”一种规则整理这些事例,这种所发现的规则就是类比保证规则。^[91] 类比保证规则和类比保证理由的作用是提供为类比判断所必需的意义基准和范围。^[92]

因为不类似的案件不能同类处理,所以我们还需要有判断非类似案件的方法。有关轮船老板责任案与铁路公司老板免责案之间的对比,就是对两个案例不相类似、从而作出区别判断的典型。审案法官有关案件不相类似的基本论证是:

当天在卧铺车厢使用开放卧铺的铁路旅客,既没有期待也不应当期待他的贵重物品将会得到对抗盗贼的保护。与旅馆客人和轮船客人不同,铁路旅客并没有通过得到一个带锁的、可以在其中睡觉的隔舱,以使自己放松、得到虚假的安全感。所以铁路旅客没有基于与轮船旅客或旅店旅客同样的隐私理由等使用(当天的)卧铺车厢。而且,基于同样的理由,铁路卧铺车厢的老板没有旅店和轮船老板所有的,欺骗和偷窃旅客的诱惑性机会——因为旅客并没有在开放的卧铺留存贵重物品以使自己放松。^[93]

布儒把铁路卧铺车老板案称为第二个目标案例,用 z 表示;我们补充的排除类似性论证的公式是:

(z) = 铁路卧铺车老板案。

(2a) z 并没有 F 和 G 。

因为在这个案例中,取得 H 的唯一方式是同时满足得到 H 的充分条件—— F 和 G 。

所以,人们不能得出 z 有 H 的结论。^[94]

由于 z 没有 H ,所以, z 与 y 不同,也就是说,铁路公司老板案与轮船老板案不相类似。这是一个“非类比论证”。前面亚当斯案所使用的类比保证规则在这里起着非类比保证规则(*disanalogy-warranting rule*——*DWR*)的作用。根据此规则,第二目标案例与源案例或者(第一)目标案例在共享特点与推断特点方面不具有相关的类似性。^[95] 为了解释、说明非类比保证规则的合理性,需要非类比保证理由(*Disanalogy-warranting rationale*——*DWRa*)。后者的功能是解释:以法律的眼光看,为什么由非类比保证规则所说明的那些特点之间的逻辑

[88] 考夫曼,见前注[60],页116、118、136。

[89] 考夫曼,见前注[25],页117。

[90] 假说推理“是一些哲学家用以描述发现过程的术语。”Brewer, *Supra* note 17, at 962.

[91] Brewer, *Supra* note 17, at 962.

[92] 即《庄子》所说的:“自其异者视之,肝胆楚越也,自其同者视之,万物皆一也。”陈鼓应,见前注[28],页145。

[93] Brewer, *Supra* note 17, at 1004.

[94] Brewer, *Supra* note 17, at 1015.

[95] Brewer, *Supra* note 17, at 1015-1016.

关系获得或者应当获得?〔96〕在这里,非类比保证理由说明,铁路老板免责案与旅馆老板担责案或者轮船老板责任案,之所以在共享特点与推断特点方面不具有相关的类似性,是因为铁路老板并未满足具备推断特点的充分条件,即铁路老板并没有对其客户的严格责任。〔97〕铁路老板并不拥有可以欺骗和偷窃旅客的特殊便利,所以他对客人并不承担严格责任。这也是公平合理的。

五、有关中国指导性案例的类似性判断

(一)有关指导性案例的类似性判断实践

中国的指导性案例与案例指导制度在案例表现形式、案例性质、案例在法律体系中的地位 and 作用等,既不同于普通法系国家的判例法,也不同于民法法系国家的先例和先例制度。所以,在研究与中国的指导性案例有关的类似案件判断时,我们需要考察在中国法律体系的语境中使用指导性案例时进行类似案件判断的情形。在直接考察有关指导性案例的比较判断之前,我们需要首先明确研究中国指导性案例使用的几个限制性因素。首先,由于中国大陆有规模的指导性案例应用实践还不多,所以可供研究和总结的素材有限;其次,目前中国的指导性案例可以分为两类,即狭义的指导性案例和广义的指导性案例。狭义的指导性案例单指最高人民法院按照《关于案例指导工作的规定》发布的指导性案例;广义的指导性案例则包括《最高人民法院公报》、《人民法院案例选》、《人民法院报》、最高人民法院及其业务庭、一些高级人民法院发布的具有指导性的案例。〔98〕再次,中国狭义的指导性案例的形成过程基本上是行政性的,指导性案例的表现形式是编写式的,其结构不同于判决书的结构;最后,许多中国法律人(法官、检察官、律师、法学工作者等)是在制定法体系或者制定法文化〔99〕中想象、期待指导性案例的。在明确上述限制性因素后,我们来考察几个运用指导性案例进行类似性判断的范例。

范例一,广东高院等于1993年发布指导性案例指导处理房地产诉讼案。人民法院报社课题组研究报告指出:

1993年国家实行宏观调控措施导致海南和广东、广西部分地区房地产市场泡沫破裂以后,为了规避市场风险,出现大批房地产诉讼案件,其基本模式是房地产转让、出让方主张合同有效,要求履行,受让方主张合同无效或者请求解除合同返还转让款。这种情况下,案件较多的高级人民法院及时发布一批指导性案例指导相关案件的审判,配合政府

〔96〕 Brewer, *Supra* note 17, at 1012.

〔97〕 Brewer, *Supra* note 17, at 1014.

〔98〕 《最高人民法院关于切实践行司法为民大力加强公正司法不断提高司法公信力的若干意见》称之为“参考案例”。参见《人民法院报》2013年10月29日,第2版。

〔99〕 美国法学家米尔伊安·R.达玛什卡在讲到民法法系国家法官对待司法先例的态度时指出:“法官在‘先例’中所寻找的是更高的权威所作出的类似于规则的表述,而案件的事实却被弃置一旁。”参见(美)米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,页51。

的宏观调控措施取得很好的社会效果。^[100]

范例二,麦当劳餐厅顾客物品丢失案。待判案件是于2004年11月13日发生在北京市朝阳区农光里麦当劳餐厅的顾客物品丢失案。原告在餐厅就餐时丢失了挎包及包内的手机、现金等。原告要求被告赔偿。被告麦当劳餐厅以自己不存在违反经营者的合同附随义务和安全保障义务的情况等为理由,拒绝承担赔偿责任。朝阳区人民法院在审理该案时,参考了北京市崇文区人民法院(2001)崇民初字第2780号和北京市第二中级人民法院(2002)二中民终字第1043号民事判决书。崇文区麦当劳案的案情是:2001年8月14日,一位顾客与其10岁的儿子在位于崇文区的北京市麦当劳食品有限公司前门老车站餐厅就餐时,装有照相机、变焦镜头、闪光灯等物品的手提包丢失。顾客作为原告起诉餐厅赔偿,在一审、二审中都败诉。刘作翔和徐景和两位教授分析了两个案件的相同事实和不同事实,以及两案原告的主张及两案被告的主张,之后,刘、徐两位教授指出:

在这两个案件中,双方当事人争议的焦点是:被告是否具有保管消费者所携带的物品的随附义务,被告是否存在违约行为以及是否承担违约责任。承担违约赔偿责任必须具有违约行为、财产损失、因果关系的构成要件。违约行为、财产损失、因果关系属于案件的基本事实。在朝阳区案与崇文区案中,上述三个方面具有完全的相似性。所以,按照崇文区案的判决,朝阳区法院判决驳回原告的全部诉讼请求,第二中级人民法院驳回上诉,维持原判。^[101]

范例三,四川省高级人民法院、四川大学《中国特色案例指导制度的发展与完善》课题组研究总结的“案例应用试点案件审理报告实例”(一份真实的法院审理报告^[102])中的四名刑事被告人盗窃案。法院说明:四名被告人为非法占有他人财产,采取假冒老乡身份、虚构事实等欺骗手段,趁被害人防备窃取其储蓄卡,再背着被害人秘密取走存款,被告人的诈骗行为是为其后的盗窃行为创造条件,最终通过秘密窃取完成对他人财产的非法占有,因此,被告人行为构成盗窃罪而不是诈骗罪。审案法院的上述观点参考了四川省高级人民法院公布的《案例指导》第20号案例。“审理报告”引述了第20号案例的“裁判规则”:行为人以欺诈手段骗取被害人的信任,假装进行交易,但最终通过秘密窃取方式非法占有被害人财物的,构成盗窃罪。^[103]

上述三个范例各有特点,但都展示了中国使用指导性案例的方式和方法。笔者在此将着重总结范例二和范例三。在范例二中,刘、徐二位教授将判断类似案件的着眼点置于案件的基本事实,认为此处属于案件基本事实的违约行为、财产损失、因果关系“三个方面具有完全的相似性”,所以两个案件属于类似案件。笔者同意二位教授对于基本事实的确认以及它们在判断类似案件中作用的想法。但是补充一点,即法律在此类似案件的判断中具有不可缺少的作用,

[100] 最高人民法院研究室,见前注[5],页455。

[101] 最高人民法院研究室,见前注[5],页438—439。

[102] 审理报告是法官为审判案件而制作的仅在法院内部阅读的工作卷宗,其中包括了承办法官对案件事实的查证、认定以及对审理案件中有关法律适用问题的意见和见解,反映了法官审判案件的全部真实过程。

[103] 案号分别是(2008)内刑初字第41号(一审)、(2009)川刑终字第35号(二审)。参见《四川省高级人民法院、四川大学〈中国特色案例指导制度的发展与完善〉课题组附件》,页188—189。

甚至是关键性的作用。此案的“违约行为”就是具有法律意义的事实。法官需要根据法律来分析原告与被告之间的合同关系的内容与性质。此处的关键是经营者的合同附随义务包括哪些？显然，法院并不认为为顾客看管物品属于经营者的合同附随义务，因此，作为经营者的麦当劳餐厅就不存在由于顾客物品丢失而违约的行为，两个案件因此相似。在范例三中，法律在类似案件的判断中同样具有不可缺少的作用，即需要根据犯罪嫌疑人的全部行为事实，结合刑法典关于盗窃罪与诈骗罪的规定，对嫌疑人行为的性质做出判断。范例三所要解决的是犯罪嫌疑人的犯罪性质问题。《案例指导》第20号案例的行为人以诈骗行为开路，以盗窃行为得手，所以构成盗窃罪。这里的“诈骗”与“盗窃”都是以刑法典及相应的司法解释为基准来进行判断的。待判案件的嫌疑人在行为表面上与《案例指导》第20号案例的行为人的行为相似，经过对照刑法典及相应的司法解释，我们理解了法律的精神实质后，就可以有把握地认定两个案件是相类似的。

（二）有关指导性案例类似性判断的关键事实、判决理由

现在似乎可以回应我们在上节开始所提出的问题：是否存在属于区别技术的“决定性理由”？什么是、怎样确定“决定性理由”？什么是“与该案件的事实关系有紧密关联的判决的核心意思（本意、要旨）”？如何确立判决理由与事实概要二者之间的联系，怎样从中寻找与该案件的事实关系有紧密关联的判决的核心意思（本意、要旨）？

笔者以为，中国虽然不是普通法系国家，但是在判断待判案件与指导性案例的类似性时，同样要以争议问题作为类似性判断的比较点。因为争议问题是案件比较的缘由。具体来说，可以成为判断相关类似性比较点的，是待判案件所要解决的争议问题与指导性案例的裁判要点。后者集中了指导性案例的争议问题及其解决方案。与裁判要点中的法律问题有不可分割、内在的、结构性联系的事实，就是关键事实或实质事实。所谓“与该案件的事实关系有紧密关联的判决的核心意思（本意、要旨）”，是与关键事实或实质事实紧密关联、解决有关关键事实争议的法律解决方案，也是判决的核心意思（要旨）或“决定性理由”。在待判案件中，与争议问题有不可分割、内在的、结构性联系的事实，则可能是待判案件的实质事实。

那么，如何比较待判案件所要解决的争议问题，以及其中所涉及的法律问题与指导性案例的裁判要点、裁判要点涉及的法律问题是否类似？这个问题涉及四个因素：事实、法律、争议、相关的类似性。首先，它一定与事实有关；其次，它一定具有法律意义；再次，它是有争议的，即该问题在法律评价上是有疑问的；最后，它们的争议问题是类似的，即它们的类似具有相关性。例如，在上述麦当劳餐厅案中，两个案件争议的问题都是“被告是否具有保管消费者所携带的物品的随附义务，被告是否存在违约行为以及是否承担违约责任”？这种类似的相关性是显而易见的，即都涉及被告人是否承担责任的充分必要条件。范例三是一个刑事案件，在此案中并没有公诉人与被告人的争议问题，但是存在对法官而言的待决问题，此待决问题相当于前述争议问题。待判案件的待决问题是，对嫌疑人以虚构事实等诈骗行为为手段、最终通过秘密窃取完成对他人财产的非法占有的行为应该如何定性、处理？这与指导性案例所解决的问题是类似的。这种类似也是相关的，都涉及嫌疑人以骗而盗的行为性质的认定。因此，此待决问题就是案件类似性的比较点。

狭义指导性案例的结构包括七个部分:关键词、裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果、裁判理由。从类似案件的判断上讲,其中尤以裁判要点和裁判理由最为重要,它们都有可能成为判断基础。最高人民法院的权威人士对裁判要点的定位是:“裁判要点是指导案例的概要表述,是人民法院在裁判具体案件过程中,通过解释和适用法律,对法律适用规则、裁判方法、司法理念等方面问题,作出的创新性判断及其解决方案。”^[104]可以说,裁判要点包括了对争议问题的精当、简明的概括。因此,它可以成为判断类似案件的比较点。而且,按照中国指导性案例的制度设计,要求法院“应当参照”的也是裁判要点。所以,裁判要点在判断类似案件中具有更明显的作用。

但是,如果我们从说服力的角度理解中国的指导性案例,我们可能不能排除,裁判理由中的某一点有可能被后来法院识别出来,作为具有指导意义的部分和判断类似案件的比较点,尤其是在裁判要点可能没有将指导性案例中的所有要点都包括进来的情况下。^[105]不过,我们需要注意周光权教授所指出的问题,在目前的指导性案例的结构模式下,“目前公布的两批指导性案例,大多简明扼要,并不详列证据,指导性案例是否和法官当下处理的案件属于相同情形,不好判断,所谓的‘应当参照执行’也就无从谈起”。^[106]换言之,如果裁判理由不能把案件事实及支持性证据、必要的证明过程、法律适用的论证过程撰写充分,不仅会影响根据裁判理由的比较,也会影响对裁判要点的比较。黄泽敏、张继成二位学者就认为:“裁判理由本身会在判定待决案件与指导性案例是否属于同案的标准中,成为论证待决案例与指导性案例是否相同的实质理由”。他们认为:“实质理由就是在裁判理由中给出了证明裁判要点能够成立的理由。”^[107]

(三)有关指导性案例类似性判断的规则

虽然中国不是普通法系国家,前述布儒教授提出的类比保证规则与类比保证理由不一定完全适用,但是,在有些情况下,某种形式的类比保证规则与类比保证理由是需要的。比方说,假如前述麦当劳案的原告提出一个店主对顾客遗失物品承担责任的案例,并要求法官类似案件类似审判,法官就需要证明为什么不要店家承担责任的两个案例更为类似而与要求店家承担责任的案例不相类似?我们可以把论证步骤简写如下:

[104] 胡云腾、吴光侠:“指导性案例的体例与编写”,载《人民法院报》,2012年4月11日,第8版。

[105] 笔者认为裁判理由在法律推理、法律论证方面同样可能对后来的法院具有指导意义。请参见张骞:“指导性案例中具有指导性部分的确定与适用”,《法学》2008年第10期。在这方面,周光权教授似乎有类似的见解:“未来的刑事指导性案例,其内容应当包括推理过程以及控辩双方观点详细的展示。”参见周光权,前注7。但是,制作指导性案例的司法机关是否“应当尊重下级裁判结论、推理过程的原则?”参见林维:“刑事案例指导制度:价值、困境与完善”,《中外法学》2013年第3期。笔者以为,只要尊重结论就可以了,不必拘泥于原审判决书的推理过程。因为有时原审法院可以作出出色的法律判决,但未必可以写出同样出色的判决书,后来的指导性案例制作机关可以根据原判决写出类似于笔者以往提出的案例评析一样的裁判理由来。

[106] 周光权,见前注[7]。

[107] 黄泽敏、张继成,见前注[6]。按照他们的看法,狭义指导性案例2号、3号、4号、5号、6号、7号、10号给出了实质理由,而指导性案例1号、8号、9号、11号和12号没有给出实质理由。但这种评价可能会使读者提出一个新的问题:“实质理由的标准是什么?”

目标案例(y)=朝阳区农光里麦当劳餐厅的顾客物品丢失案;

源案例一(x)=崇文区麦当劳案。

两个案例共享的特点是:

F:顾客在餐厅就餐时丢失物品。

G:经营者的服务合同附随义务不包括为顾客看管物品。

推导出来的特点是:

H:店主不承担责任。

用公式表示上述论证步骤是:

(1)y有F和G(目标案例前提)

(2)x有F和G(源案例前提)

(3)x还有H(源案例前提)

(4)类比保证规则:如果某事件有F和G并且有H,那么所有事件都有F和G并且有H;

(5)所以,y有H。

两个案例都有H,所以两个案例类似。

这里的类比保证规则是:如果某事件有F和G并且有H,那么所有事件都有F和G并且有H。

上述论证及其中的类比保证规则需要一个理由来加以解释和论证,亦即需要类比保证理由。我们可以撰写如下:原告与被告之间虽有餐饮服务的合同关系,但是经营者的合同附随义务并不包括为顾客看管物品,因此,作为经营者的麦当劳餐厅就不存在由于顾客物品丢失而违约的行为。所以,两个案件类似。这是公平合理的。

笔者在此提供一个被告对顾客丢失物品承担赔偿责任的案例。这是一个餐厅将顾客遗落LV包错还他人、餐厅因顾客物品丢失而承担赔偿责任的案例。在此案中,顾客在餐厅就餐时将LV公文包遗落在座位上,虽然餐厅服务员及时将包保管,但LV包却被别的顾客冒领走。法院判决餐厅承担赔偿责任。担任一审的北京市东城区法院的办案法官表示,餐厅没有尽到善良管理人的义务,是本案判决餐厅承担责任的关键。^[108]假如朝阳区麦当劳餐厅的原告人提出这个案例作为类似案例,要求法官类似案件类似审判,法官就需要进行排除类似性的论证。

我们可以看到,在LV包案中,餐厅服务员保管LV包产生的善良管理人的义务,是朝阳区麦当劳店案所没有的,我们可以把这个因素用I表示。

我们把论证步骤简写如下:

[108] 审案法官解释:餐厅之所以作为善良管理人,是由于其应该具备一定的知识经验,与其职业有关,在有人来领包时,餐厅服务员需要详细核实包的特征,核实包里的物品。也就是说,餐厅服务员所需尽到的注意义务,比普通市民要高得多。“如果是普通市民捡到了包,如果出现冒领的情况,承担的责任与餐厅不同。”法官说,根据具体案情,普通市民有可能不承担责任,或者承担的责任很小。就本案来讲,法院在判决时并未支持原告对于包内物品索赔的诉求,因为原告没有包内放有物品的证据,所以仅对包本身的价值酌情判决餐厅赔偿。“餐厅将顾客遗落LV包错还他人被判赔四千”,参见http://news.xinhuanet.com/legal/2012-01/18/c_122600857.htm,最后访问日期:2013年12月18日。

源案例二(z)=餐厅将顾客遗落LV包错还他人案。

I:善良管理人义务

(2a) z并没有G,有I(源案例前提)

即此案不存在餐厅服务合同附随义务不包括为顾客看管物品的问题,但是存在因餐厅服务员保管LV包产生的善良管理人义务。

(4a)排除类比保证规则一:如果某事件有F和G并且有H,那么所有事件有F和G并且有H;

(4b)排除类比保证规则二:如果某事件不具有I就有H,那么所有事件不具有I就有H;

(4)所以,z没有H。(将顾客遗落LV包错还他人案的餐厅不免除责任。)

源案例二没有H,所以与目标案例不类似。

因为取得H的唯一方式是同时满足得到H的充分条件——F和G,在源案例二z中并不具备;而且z有I。这两个因素使得这两个案件不相似。

在这里,步骤4是非类比性规则(DWA)。相应的支持排除类比性规则的排除类比性保证理由是:朝阳区麦当劳案的店家既没有基于合同附随义务并不包括为顾客看管物品的义务,也不具有保管顾客物品产生的善良管理人的义务,所以,朝阳区麦当劳店不存在违约行为,因而不承担责任。所以,人们不能得出z有H的结论;也就是说,z与x不具有相关类似性,餐厅将顾客遗落LV包错还他人案与朝阳区麦当劳案不相似。

笔者以为,类比保证规则与类比保证理由可以在一定程度上作为许多中国法官所希望的那种“案例相似性比对规则”。虽然它们在中国的表现形式和存在方式可能与判例法国家的类比保证规则与类比保证理由的表现形式和存在方式有所不同,但是,从类比保证规则的角度判断案件相似性,对于我们有效地使用指导性案例是大有助益的。

从类比保证理由的角度看,根据我国法院现在对指导性案例裁判理由的界定,^[109]裁判理由与此处讨论的类比保证理由没有必然的对应关系。从裁判理由的功能看,裁判理由有可能起到为裁判要点进行解释和证成的作用,^[110]也就是说有可能成为类比保证理由。在这种情况下,裁判理由就具有类比保证理由的作用。这种情况下的类比保证理由大体相当于黄泽敏、张继成二位学者所称的“实质理由”。虽然我们不能说指导性案例的裁判理由就是类比保证理由,但是我们可以从类比保证理由的角度思考未来裁判理由的撰写。因为这会使得裁判理由与裁判要点的联系更加紧密,更有利于指导性案例的使用和案例指导制度的发展。

与指导性案例相似性判断中的关键事实相关但方向相反的一个问题,是如何对待指导性案例与待判案件在事实方面的差异?在什么情况下细微的事实差异就可以排除指导性案例的

[109] 胡云腾、吴光侠二位先生指出:“裁判理由是指导案例裁判要点的来源和基础,是联系基本案情和裁判结果的的纽带。”胡云腾、吴光侠,见前注[104]。

[110] 胡云腾、吴光侠二位先生指出:论述裁判理由应注意把握的第一个要点是:“把握重点,紧紧围绕案件的主要问题、争议焦点或者分歧意见,有针对性的展开论述,充分阐明案例的指导价值和裁判为什么这样做的道理(加重号为引者所加)。”胡云腾、吴光侠,见前注[104]。

适用?怎样防止由于边缘事实不同而彻底“架空”指导性案例?例如,云南非医师美容失败赔偿案与贾国宇案是否类似?前者是一个因美容失败引起的损害赔偿案件,后者是一个产品责任案件。^[11]我们如果从诉讼标的、案件事实等因素看这两个案件,它们有很大的区别,是完全不同的两个案件。但如果我们从案件的争议问题看,两个案件是类似的。它们的类似性是:由于行为人的不当行为给被害人造成了身体和精神损害,对于精神损害是否应当承担法律责任?所以,在进行案件类似性判断时,事实差异不一定导致我们对案件类似性的否定性判断,只要案件的争议问题类似,就属于类似性案件,可以参考或参照指导性案例进行类似性审判。由此看来,直接针对案件争议问题所提出的判决理由就是判决的核心意思(本意、要旨)、决定性理由;审案法官在撰写判决书的判决理由、其他法官或法律人在撰写指导性案例的裁判理由时,都需要紧紧围绕案件的争议问题进行论证。这对后来进行类似案件判断,从而决定是否使用指导性案例,具有十分重要的意义。

总之,类似案件的判断是发挥指导性案例作用的重要前提。判断类似案件的过程是一个理性思考的过程。类比推理是这种理性思考的重要方法。类比推理是一种人们依照某种标准进行的、以比较、扩展、推论为特点的思维活动。人们在运用类比推理进行类似案件判断时的标准是法律,是作为整体的法律或法律秩序,而不一定是某种具体的法律规则。因为事物类似的方面可以是无限广泛的,所以仅有法律秩序还不足以对案件是否类似做出判断。对解决案件争议有帮助的类似性,是相关的类似性,即这种类似对于解决待判案件有直接帮助。所以,判断类似案件的首要方法是确定案件的比较点,即确定案件的争议问题是否类似或具有同类性。案件的争议问题兼有事实性和法律性。与确定案件的比较点紧密相关的问题,是把握先例的判决理由及实质事实,而对判决理由的确定不是静止不变的,而是动态的。在进行案件相似性判断时,一定的规则有助于我们进行案件类似性判断、防止类似性判断的专断和失误。类比保证规则和类比保证理由就是有助于我们判断类似案件的规则和理论方法。随着中国指导性案例的发展,类比保证规则与类比保证理由可以在一定程度上成为许多中国法官所希望的那种“案例相似性比对规则”。我们可以从类比保证理由的角度改进未来裁判理由的撰写,使裁判理由与裁判要点的联系更加紧密,以有利于指导性案例的使用和案例指导制度的发展。

(责任编辑:徐爱国)

[11] 参见张骥:“论寻找指导性案例的方法——以审判经验为基础”,《中外法学》2009年第3期。